

# **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

Departamento de Derecho Internacional Privado



## **Universidad Zaragoza**

### **DICTAMEN JURÍDICO SOBRE DISTINTOS ASPECTOS VINCULADOS AL DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL, NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA.**

*Año Académico 2022/2023*

Dictamen elaborado por Bárbara Loana Reynoso Ruarte

Dirigido por María del Carmen Chéliz Inglés

# **DICTAMEN JURÍDICO SOBRE DISTINTOS ASPECTOS VINCULADOS AL DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL, NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

Nos encontramos ante el caso de una pareja, donde uno de los miembros es de origen español y otro de origen marroquí, que se unió en matrimonio en el Estado africano. Posteriormente, decidieron asumir la responsabilidad de un menor a través de la institución de la *Kafala*. Por motivos económicos, deciden trasladar su domicilio habitual a España, sin embargo, una vez aquí, un miembro de la pareja pierde la vida, a lo que el resto de la familia tiene que hacer frente a diversos problemas.

Una de las principales cuestiones objeto de este dictamen está relacionada con la institución de la *Kafala*, una figura de origen islámico que hasta hace poco más de veinte años era desconocida en el ordenamiento jurídico español. Este estudio se realiza principalmente como continuidad de investigación en la materia, tras haber desarrollado sus aspectos teóricos en mi trabajo de fin de grado en Derecho hace un par de años. Volviendo a hacer mención de mis palabras, el aumento de la inmigración que España ha experimentado en las dos últimas décadas, sobre todo de personas de origen islámico, ha provocado que nuestro país se viera obligado a entender el funcionamiento de dicha institución.

El flujo de intercambio de las personas suele producir nuevas situaciones inesperadas y/o complejas en los países destino, como lo ha hecho la *Kafala* en los Estados europeos. Dicha institución tiene lugar en países donde la religión que practican es el Islam, debido a que su libro sagrado, el Corán, no les permite adoptar a menores de edad, por lo que para solucionar los problemas sociales relacionados con el abandono de menores u orfandad por pérdida de los padres, se tomó la decisión de crear esta figura, la cual delega el cuidado, la educación bajo la religión musulmana y la protección de un menor de edad, a una tercera persona distinta de sus progenitores biológicos.

Desde finales del siglo XX, España se ha convertido en un lugar óptimo para la migración, sobre todo para la comunidad islámica debido a su cercanía con el continente africano, territorio donde más se practica esta religión. Si es cierto que a veces la cultura, las tradiciones y las regulaciones de estos Estados musulmanes no compaginan correctamente con el derecho

español, por lo que se generan situaciones de desentendimiento para la inclusión de creencias, no obstante, España ha sabido gestionar muy satisfactoriamente los inconvenientes consecuentes de ellas.

Teniendo en cuenta que nuestro país es el Estado europeo que comparte más kilómetros de frontera con una nación musulmana, como es el caso de Marruecos-Ceuta y Melilla, es obvio que la mayoría de los inmigrantes de práctica islámica que acceden a España, son de esta tierra. Es por ello que el dictamen que procedo a exponer se ha centrado más en la *Kafala* marroquí, en cómo se reconocería en España sin contradecir el ordenamiento jurídico español y en cómo se darían los efectos sociales, administrativos y económicos de la misma en un país laico.

Sin embargo, es importante aclarar que la *Kafala* se gestiona de distinta manera en cada país islámico. Cada Estado cuenta con su propia regulación y sus propias creencias al respecto, como por ejemplo, algunos permiten la *Kafala* internacional, mientras que otros no permiten que el menor de edad abandone el país si está bajo el cuidado de un tercero no familiar, o existe la posibilidad de que solo las mujeres puedan participar en esta institución debido al “instinto maternal” e incluso apoyan la idea de que la medida de protección no finalice para las personas de género femenino, aunque sean mayores de edad, si no han contraído matrimonio con un hombre, en el momento en que lo hagan, pasarán a depender económicamente de su marido.

La Unión de Comunidades Islámicas en España realizó un informe en el que demostraron el incremento de la migración musulmana desde 1985 hasta 2020. Tuvieron en cuenta tanto a personas que llegaron a España y consiguieron el permiso de residencia o nacionalidad española, como a los descendientes de estos. Las primeras entradas a territorio español tuvieron lugar a finales del siglo XX, pero aumentó considerablemente al empezar el nuevo milenio. Donde más se pudo ver este aumento fueron durante los años 2001, 2013, 2018 y 2021, el más debatido al provocar numerosas controversias políticas.

Según el periódico "La Vanguardia" en 2019, el número de ciudadanos islámicos en España estaba a punto de alcanzar los dos millones, y en 2020 esta cifra se superó. A pesar de la situación de pandemia del año anterior, la inmigración continuó creciendo en España.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos en los que se basa el conflicto que se aborda son los que se detallan a continuación:

En junio de 2018, L. R., de nacionalidad española y de vecindad civil aragonesa, tras haber cumplido 25 años, haber acabado sus estudios y encontrarse en una situación de crisis existencial debido a la incertidumbre que tenía con respecto a su futuro, decidió viajar hasta Marruecos, para trabajar como voluntaria en comedores, hospitales, escuelas y hospicios de las aldeas más necesitadas del país. La idea no fue premeditada, por lo que tuvo que informarse con mucha rapidez como podía participar en el voluntariado, y que trámites debería realizar para poder acceder al país africano.

Se puso en contacto con una asociación que se encargaba de conectar voluntarios con distintos colegios, la cual le ofreció dos semanas de experiencia por 650 euros o tres semanas por 860 euros y en el caso de querer expandir su estancia, el precio aumentaría 210 euros por semana. Sabiendo todo esto, decidió elegir la opción de dos semanas y dependiendo de las situaciones que viviese esos días, ampliaría el plan unas semanas más.

Una vez terminados los trámites correspondientes tanto con la asociación, como con el Estado marroquí para el visado de acceso al país, compra el billete de avión y emprende el viaje sola. Cuando llega a Marruecos empieza a dar clases a niños de cinco años en un colegio pequeño, comienza a sentirse realizada, por lo que decide que dos semanas no son suficientes, ampliando así su plan dos semanas más.

Durante ese tiempo, conoce a N. H., un joven marroquí, que también está participando como voluntario en el mismo colegio. Cada día pasan más horas juntos, poco a poco se hacen más amigos hasta que se dan cuenta de que quieren iniciar una relación sentimental. Ambos jóvenes, de la misma edad, deciden hacerse pareja, lo que implicó que L. R. tomase la decisión de no volver a España y quedarse a vivir allí.

Un año después, en 2019, la pareja continúa feliz, de manera que deciden oficializar su unión celebrando una boda a través de la religión del islam. Para ello tuvieron que llevar a cabo todos los requisitos necesarios, entre ellos la conversión de Dña. L.R a dicha religión. Además, optan por inscribir la unión en el Registro Civil español. Siendo ya un matrimonio, residen el primer año de su enlace en el domicilio de la familia de N.H hasta que consiguieron ahorrar y mudarse a una casa solos.

Todo les iba muy bien, sin embargo, en su segundo año de casados (2020) consideraron que ya era hora de construir su propia familia, por lo que intentaron tener un hijo durante un tiempo, sin tener una respuesta positiva en todas las ocasiones. Por la preocupación de no conseguirlo acuden a un médico especialista para realizarse pruebas médicas, para comprobar si hay algún problema o no. Desgraciadamente los resultados de dichas pruebas indican que no podrán tener descendientes de manera biológica, siendo esto muy duro para ambos, hasta el punto de dejar la idea de ser padres paralizada por unos meses.

No obstante, reflexionándolo mucho, no quisieron perder la oportunidad de tener una familia propia, debido a lo cual decidieron optar por asumir la guardia de un menor de edad proveniente de un orfelinato, mediante la institución de la *Kafala*. Sabían que no iba a ser un procedimiento simple ni rápido, pero creyeron que valdría la pena, no solo para poder ser responsables de un menor, sino también para poder ayudar en los cuidados, en la educación, en la salud y en el cariño que dicho niño o niña necesite. Varios meses después, consiguen ser *Kafils* de un menor, en razón de lo cual proceden a realizar todos los trámites necesarios para que el Estado marroquí confirme dicha *Kafala*. Finalmente, consiguieron la guardia de un niño de 1 año.

Los siguientes meses transcurren muy rápido, sin embargo, la economía familiar ha empeorado debido a la precariedad laboral que ambos sufrieron por la pandemia del COVID-19 y por la falta de conciliación laboral y familiar. Por todo esto, a mediados de 2022 consideran que lo mejor para los tres era mudarse a España, concretamente a la Comunidad Autónoma de Aragón, donde vivía toda la familia de L.R. y buscar trabajo allí.

La familia de L.R. los esperaba con mucha ilusión, e incluso habían arrendado un apartamento para ellos. A los pocos días de acomodarse procedieron a escolarizar al menor, y a solicitar la tarjeta sanitaria tanto para el niño como para N. H.

Por otro lado, N. H. consigue un contrato laboral de media jornada en una academia de idiomas y L.R. un contrato indefinido de jornada completa como dependiente en un estanco, mientras que el menor disfruta de sus nuevas amistades y de sus clases escolares, además de actividades extraescolares como fútbol y natación. Es cierto que al principio tuvieron dificultades para adaptarse a su nueva vida, sobre todo el menor y el cónyuge extranjero, pero conforme pasaban los meses se dieron cuenta que era la mejor decisión que podían haber tomado.

No obstante, la vida les volvió a sorprender, y es que, en uno de los primeros días de junio de 2023, mientras L.R. estaba trabajando, un grupo de asaltantes decidieron atracar el

establecimiento en que ésta estaba cumpliendo su labor. Fue tal la violencia utilizada por los atacadores que L. R recibió un gran golpe en la nuca, provocando un desmayo inmediato que a su vez detonó en un choque craneal contra el suelo, perdiendo así la vida en tan solo unos segundos.

Todo el pueblo consternado por la noticia ofreció ayuda económica, legal y emocional a N. H y al pequeño. Tanto los vecinos como la familia de la difunta fueron un gran apoyo para los dos afectados y gracias a ellos la familia decidió continuar residiendo en España. Una vez N. H recuperara las suficientes fuerzas como para seguir encargándose de su familia, comenzó los trámites para solicitar las pensiones que al menor le correspondía como *Makful* de L. R y a él mismo como cónyuge de la fallecida.

### **III. PLANEAMIENTO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS.**

El cliente, tras haber explicado su situación, solicita dictamen jurídico sobre las siguientes cuestiones:

1. Reconocimiento de la institución de la *Kafala* a los efectos de la concesión de la pensión de orfandad.
2. Reconocimiento del matrimonio de L. R. y N. H. en España a los efectos de la concesión de la pensión de viudedad.
3. Competencia de los Tribunales Españoles en el asunto de sucesión por el fallecimiento de L. R. y ley aplicable al no existir testamento de la difunta.
4. Solicitud de nacionalidad española para el menor *Kafalado*.
5. Consecuencias del fallecimiento de L.R en relación con el permiso de residencia de su cónyuge, N. H.

#### **IV. NORMATIVA APLICABLE**

La normativa analizada para la resolución del presente conflicto es la siguiente:

- Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se realiza su publicación.
- Constitución Española de 1979
- Convenio de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos de los niños.
- Convenio de la Haya de 1993, Unión Europea
- Convenio de la Haya de 1996, Unión Europea
- Ley 4/2000, de Extranjería.
- Dahir de 13 de junio de 2002.
- Circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General del Registro Notarial.
- Circular de 15 de junio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008, ratificación o adhesión al Convenio de la Haya de 1996.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007 de 25 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la *Kafala*.

Por otro lado, resulta de suma importancia subrayar la siguiente jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 11 de octubre de 1986.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 25 de septiembre de 1992.
- Sentencia de 14 abril 2005. TJCE 2005\90, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 58/2008, de 31 de enero del mismo año.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª). Auto núm. 57/2021 de 19 marzo JUR\2021\268301.

## V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **Primero. - Reconocimiento de la institución de la *Kafala* a los efectos de la concesión de la pensión de orfandad.**

La institución ante la que nos encontramos, denominada la *Kafala*, es una figura de origen islámico, que permite a los practicantes de esta religión asumir responsabilidades con respecto al cuidado y educación religiosa de aquellos menores cuyos padres están ausentes o que carecen ellos. Las condiciones principales de este tipo de cuidado es que los menores no tengan un vínculo de filiación con sus cuidadores, por lo que estos no asumen el nombre de familia, y que estos tienen que ser criados en la religión musulmana.

Debido a la gran cantidad de países que orientan sus creencias y políticas según el Corán, la regulación de esta es diversa en cada uno de estos lugares, pero lo que sí coinciden en todos es que la *Kafala* puede ser constituida judicial o notarialmente<sup>1</sup>. Las constituidas judicialmente, como su propio nombre indica, son dictaminadas por un juez, que determina la situación de desamparo del menor, por lo que, buscando el bienestar de este, se le asignan unos adultos capaces de asumir las responsabilidades dimanantes de una relación paternofamiliar, pero sin serlo. En esta situación se encuentra el menor afectado, el cual pasó a estar en manos de Dña. L. R y Don N. H, tras un complejo procedimiento administrativo, en el que no solo participó el juez recién mencionado, sino que también lo hicieron funcionarios públicos y distintas administraciones marroquíes, que acreditaban, mediante certificado de desamparo, la situación de peligro en la que se encontraba el menor al no contar con el apoyo suficiente para el desarrollo de una vida normal de un niño de su edad. El hecho de que se haya podido emitir ese certificado implica que este carece de figuras paternas biológicas, sin importar si los padres han fallecido en el pasado o no han podido hacerse cargo de él por enfermedad, solvencia económica, o por incapacidad, por ende, los *Kafils*, los adultos responsables, en este caso Dña. L. R. y Don N. H., sustituyen de alguna manera a los progenitores del menor, siendo considerados como representantes legales del pequeño.

Por otro lado, la *Kafala* notarial la realizan los propios padres del menor mediante un acta adular acreditada por un *Adul*, figura parecida a un notario en España, por lo que no es necesaria

---

<sup>1</sup> ORTIZ VIDAL, M. D.; COMBALÍA, Z.; DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P; GONZÁLEZ-VERAS IBAÑEZ, A., “Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada”, *Tirant Lo Blanch*, 2016, pág. 255 y 255.

la participación de un juez, ni la obtención de un certificado de declaración de desamparo<sup>2</sup>. No obstante, este tipo de institución no es relevante en la situación ante la que nos encontramos.

El proceso para reconocer la *Kafala* judicial en España se hace mediante la Ley de Adopción Internacional (LAI), junto con el Convenio de la Haya de 1996, al imponer ambos el cumplimiento de ciertos requisitos que la resolución constitutiva de la medida de cuidado debe efectuar. Como la Doctora Pilar Diago Diago explica<sup>3</sup>, la resolución que constituye la institución musulmana deberá pasar por un “reconocimiento incidental”, el cual implica un control del cumplimiento de los requisitos procesales de dicha resolución. En la misma medida, la Doctora Salomé Adroher Biosca<sup>4</sup> menciona que el artículo 34 de la LAI prevé un reconocimiento incidental registral, que supone que el *Kafil*, en este caso Don. N. H., podrá solicitar la anotación en el Registro Civil español de la *Kafala* judicial del menor, ante lo que el Juez competente comprobará que el documento de creación de esta institución cumple con lo estipulado en el Convenio de la Haya de 1996, al ser Marruecos parte contratante de este acuerdo. Si el menor hubiera sido de otro Estado que no formase parte de dicho convenio, se regiría por el artículo 34 de la LAI, pero no es el caso. Continuando con el convenio internacional, su artículo 23 permite que las medidas tomadas por las autoridades de un Estado firmante del acuerdo se reconozcan de pleno derecho en los demás países miembros del convenio. No obstante, es importante que la medida no sea contraria al orden público español, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, es decir, que dicho reconocimiento no contradiga ninguna normativa de nuestro Estado. El hecho de que esta institución no exista en España no significa que sea contraria a las leyes españolas, aparte como lo que se busca es el bienestar del menor, igual que otras instituciones que nuestro país sí que conoce, no se puede afirmar que contradice lo que nuestras normas determinan<sup>5</sup>.

Posteriormente, cuando ya se haya reconocido, se aplicará el artículo 44.4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que expone que si una

---

<sup>2</sup> DIAGO DIAGO, M. P., “La *Kafala* Islámica en España”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010, pág. 149.

<sup>3</sup> DIAGO DIAGO, M. P., “La *Kafala* Islámica en España”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010, pág. 140-164.

<sup>4</sup> ADROHER BIOSCA, S. “*Kafala* y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pág. 696-697.

<sup>5</sup> DIAGO DIAGO, M.P., “La *Kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, núm. 1, 2010, pág. 151 – 152.

resolución comprende una medida desconocida para el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que ostente efectos equivalentes y cuya finalidad sea similar, pero los efectos que producirá serán los determinados en el Derechos del Estado de origen, por lo que la *Kafala* del menor afectado se anotará en el Registro Civil español como acogimiento, pero surtirá en nuestro territorio los efectos que el ordenamiento marroquí ha fijado para este tipo de medida.

En relación con lo anterior, una vez que la parte procesal ya se ha comprobado, la cual no crea grandes problemas, se procede a plantear los efectos que esta institución produce en España, lo cual es lo más complejo de determinar al no conocer bien dicha figura. Para entender tales efectos y eficacia es importante mencionar la contradicción existente entre la creencia de que no existe vínculo de filiación al considerar que el menor ya tiene padres biológicos, y la situación de desamparo de este al no existir dichos padres, por lo que la tutela dativa la tienen los *Kafils*, y es que la diferenciación de estas dos ideas es lo que determina como se llega a reconocer la *Kafala* judicial en nuestro ordenamiento jurídico.

Como la Doctora Pilar Diago Diago<sup>6</sup> ha establecido en su estudio, se puede llegar a creer que para reconocer la *Kafala* en España hay que seguir una técnica de sustitución de la figura musulmana con alguna española, como son la adopción, el acogimiento o la tutela, pero surgen varios inconvenientes al intentar esta sustitución, como por ejemplo la versatilidad de la institución islámica, característica que no ostentan no las medidas españolas recién mencionadas, la inexistencia de un término referido a la patria potestad en Marruecos, y la diferencia a la hora de declarar la situación de desamparo de un menor, ya que en España no es necesario que lo dictamine un juez. Es por ello, que para que esta institución tenga eficacia en territorio español, es necesario acudir a una equiparación funcional teniendo en cuenta las responsabilidades de los *Kafils*.

Desarrollando más la situación en la que se encuentra el menor, a simple vista, al descartar la existencia de los padres, se puede llegar a creer que se puede equiparar esta institución a una adopción, pero la modificación de la Ley de Adopción Internacional, por la Ley 26/2015 de Protección del Menor, de la Infancia y de la Adolescencia, en su artículo 19.4, hace comprometer al Estado español a no convertir las *Kafalas* en adopciones, salvo que el menor

---

<sup>6</sup> DIAGO DIAGO, M. P. “La *Kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2010) Vol. 2, núm. 1, pág. 150 – 163.

se encuentre en situación de desamparo y tutelado por una Entidad Pública<sup>7</sup>. Sin embargo, las funciones de los padres adoptivos cubren más deberes y derechos que los *Kafil*s<sup>8</sup>, por eso, teniendo en cuenta la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de Registro Notarial, y volviendo a hacer mención de la imposibilidad de crear un vínculo familiar entre los intervinientes, equiparar la *Kafala* a la adopción hace que la institución española pierda fuerza, e incluso se considere menos significativa de lo que es. La *Kafala* no implica los mismos deberes que una adopción y las diferencias entre ambas son bastante considerables, por lo que no es justo que estas figuras se puedan equiparar. Sí es cierto que el menor afectado se encuentra en situación de desamparo, pero otorgarle a un *Kafil* los mismos derechos y deberes que un adoptante, implicaría darle más funciones de las que le corresponden. Por ello, tras tener en cuenta estas consideraciones y que el *Kafil* ostenta la representación legal del menor, se puede entender que la institución musulmana es más parecida al acogimiento permanente.

El artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional<sup>9</sup>, afirma también que los efectos de la *Kafala* son equivalentes al acogimiento familiar o tutela. Además, la Instrucción DGI/SRGJ/07/2007 de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales establece que el *Kafil* asume la representación del *Makful*, el menor, y, por lo tanto, el primero dispone de una tutela dativa sobre el segundo. Secundando esta idea, se encuentra la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, la cual determina al menor *Kafalado* como “otro miembro de la familia”, haciendo cumplir así el artículo 3, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/38. Dicho esto, se considera que la *Kafala* del menor se puede reconocer como un acogimiento permanente, aunque hay otros aspectos a tener en cuenta.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 58/2008, de 31 de enero del mismo año, determina que la *Kafala* puede surtir casi los mismos efectos que una adopción,

---

<sup>7</sup> AP de Granada (Sección 5ª) Auto núm. 57/2021 de 19 marzo JUR\2021\268301.

<sup>8</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico («Kafala»)”, *Diario La Ley*, N.º 7393, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2010.

<sup>9</sup> Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que, según la ley de su constitución, no determinen ningún vínculo de filiación se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español siempre y cuando los efectos producidos sean equivalentes al acogimiento familiar, que la institución haya sido acordada por una autoridad extranjera competente, que los efectos de esta no vulneren el ordenamiento jurídico español, y que el documento de constitución reúna los requisitos formales necesarios.

sin considerarla como tal, cuando se trate de brindar cuidado y protección a menores en situaciones en las que no existe un registro de su filiación natural. Esta misma sentencia, entonces, nos permite valorar la situación del menor involucrado, tras el fallecimiento de su representante legal, Dña. L. R, y los derechos que a este le corresponden por haber sido tutelado por ella.

La consecuencia principal de la defunción de la adulta responsable, que afecta directamente al menor, es la pensión de orfandad<sup>10</sup>. Continuando con los argumentos que apoyan el reconocimiento de esta institución como un acogimiento permanente, considero que, al verse afectada de manera negativa la situación económica del menor, al perder a uno de los *Kafils* que le otorgaban sustento financiero, tiene derecho a ser beneficiario de esta pensión monetaria. No solo por la conexión previa que ha habido entre ambos, sino porque no se puede olvidar que todas estas medidas de cuidado tienen como fin el bienestar del menor. Así lo especifica la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concretamente el artículo 24.2, que expone que en actos relacionados con menores en los que intervengan administraciones públicas o instituciones privadas, es relevante el interés superior del menor. A ello hay que sumarle el artículo 7 de la Carta sobre el respeto a la vida privada y familiar, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>11</sup>, los cuales argumentan lo mismo.

Remitiéndome de nuevo a la sentencia núm. 58/2008, ante situaciones relacionadas con la pensión de orfandad en las que intervengan menores *Kafalados*, es importante aplicar el principio de igualdad para evitar una discriminación indirecta por la imposibilidad de adquirir el carácter de hijo adoptivo, tal y como prohíbe la Circular<sup>12</sup> mencionada anteriormente. La sentencia añade que cumpliendo con el requisito de convivencia entre el causante y los presuntos beneficiarios es suficiente para acreditar el derecho, cuando por motivos de normas no se haya podido formalizar un vínculo familiar<sup>13</sup>, con el fin de ayudar económicamente a aquellas personas que dependían de la causante y que no se encuentran en condiciones de

---

<sup>10</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 224.

<sup>11</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “La *Kafala*, ciudadanía de la Unión y los Derechos Fundamentales del menor: De Estrasburgo a Luxemburgo”. Versión Pre-print Publicado, La Ley Unión Europea, núm. 71, 2019.

<sup>12</sup> Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de Registro Notarial.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 11 de octubre de 1986 y sentencia de 25 de septiembre de 1992

obtenerlos por sí mismos. Esto hace referencia a los gastos de manutención, vestido, educación y otros que se producen al cuidar de un menor. Juegan un importante papel, en relación con el precepto de igualdad, art 14 Constitución española, los artículos 39.2 y 39.3 de la Carta Magna, los cuales obligan a los poderes públicos a asegurar la “*protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación*”, así como a los padres la “*obligación de prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.*” Además, se destaca la situación de desigualdad en la que el menor *Kafalado* se encuentra, porque no depende de él la existencia de filiación, sino de la normativa que su país de origen ha determinado, y de cómo se ha equiparado en España.

Otro motivo por el cual se asemeja la *Kafala* al acogimiento familiar, como se ha mencionado antes, es la calificación funcional que se realiza al estudiar las dos medidas de cuidado (marroquí y española), compartiendo *Kafil* y acogedor, responsabilidades muy parecidas y derechos de la misma índole, al igual que permite a los menores participar plenamente en la vida familiar.

Cabe destacar que la normativa reguladora de la *Kafala* en Marruecos permite que el *Kafil* o *Kafils* reciban las mismas indemnizaciones y subsidios familiares que unos padres<sup>14</sup>. A su vez, la Ley Orgánica 4/2000 establece que, si los extranjeros cumplen con los requisitos establecidos por esta misma legislación, pueden acceder al sistema de la Seguridad Social, entendiéndose así que pueden acceder también a las prestaciones y demás servicios de la Seguridad Social.

Por otro lado, no sólo se debe tener en cuenta el bienestar del menor, sino que también es importante tener en consideración los derechos del causante como persona trabajadora<sup>15</sup>, siendo uno de ellos el derecho de que los miembros de su unidad familiar se beneficien de las subvenciones consecuentes de su fallecimiento por haber cotizado mensualmente una cuota impuesta en su contrato de trabajo. En otras palabras, Dña. L. R, como persona que constaba de contrato de trabajo y que cumplía con sus obligaciones tributarias, tiene el derecho de que el menor que estaba a su cargo perciba una ayuda económica como alternativa a lo que ella ya no podrá darle.

---

<sup>14</sup> Ley 15-01, de 13 de junio de 2002, reguladora de la *Kafala* marroquí, artículo 22.

<sup>15</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, artículos 165 y 217.

**Segundo. - Reconocimiento del matrimonio de L. R. y N. H. en España a los efectos de la concesión de la pensión de viudedad.**

La Ley General de la Seguridad Social dispone en su artículo 219 que el cónyuge superviviente tendrá derecho a la pensión de viudedad con carácter vitalicio siempre y cuando el causante fallecido haya estado de alta en la Seguridad Social en el momento de su defunción, y que, además, haya cotizado quinientos días dentro de los cinco años anteriores, pero este último requisito no es necesario si la muerte fue causada por un accidente, laboral o no, o por una enfermedad profesional. En adición, el artículo 222 de la misma norma, establece que las personas que no hayan estado más de un año casadas con el difunto o difunta, o por la inexistencia de hijos comunes, pero que, si cumplen con el resto de los requisitos, optaran por obtener una prestación por viudedad temporal. También es importante mencionar que la pensión de viudedad temporal es compatible con cualquier renta de trabajo, pero se pierde el derecho de seguir recibéndola en caso de que vuelva a contraer matrimonio o cree una pareja de hecho con una nueva persona.

Por lo que, teniendo en cuenta estos preceptos, podemos asegurar que, si se confirma la validez de su matrimonio, Don N. H tiene derecho a percibir la pensión de viudedad vitalicia, ya que la muerte de su cónyuge, Dña. L. R, fue provocada por un accidente. La sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la sentencia de 19 de septiembre de 2018, confirma que los homicidios que hayan ocurrido en el lugar del trabajo serán considerados como accidentes, ya que en el momento de los hechos el trabajador se encontraba realizando sus tareas laborales. A su vez, hace mención del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el cual aclara que no procede impedir la consideración de accidente cualquier hecho con culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero o de un tercero, salvo que no haya ninguna relación con el trabajo. En el caso del homicidio de Dña. L. R, este fue originado por las malas intenciones del culpable del acto delictivo al intentar atracar en el estanco donde esta trabajaba.

Tras esta introducción a la pensión de viudedad, procedo a confirmar la validez de la unión matrimonial entre Don N. H y Dña. L. R, al haber sido inscrito en el Registro Civil español inmediatamente después de su celebración bajo la religión del islam en Marruecos. Por lo tanto, sí se producen efectos civiles del enlace en territorio español. Se constata, además, la validez de este, ya que en el momento de inscribirlo en el Registro Civil se realizó el control pertinente

para acreditar la consecución de los requisitos exigidos para la celebración del matrimonio mediante la “táctica represora”<sup>16</sup>, al realizarse posteriormente a la celebración de la unión al haberse celebrado en el extranjero. Los requisitos que acreditan la validez del enlace son el consentimiento, la capacidad y la forma.

En lo relativo a la capacidad, la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Circular de 29 de julio de 2005, dispone que la ley nacional de cada contrayente regulará la capacidad matrimonial en el momento de celebración del matrimonio<sup>17</sup>. Como se observa, no hay una legislación específica que determine qué ley aplicar en estos casos, por ello, acudimos al artículo 9.1 del Código Civil, el cual establece que la ley personal de cada contrayente será la de su nacionalidad y se aplicará en asuntos de capacidad y estado civil, derechos y deberes de familia y la sucesión por cause de muerte. En consecuencia, la ley aplicable a la capacidad matrimonial de Dña. L. R, y Don N. H, es la personal de cada uno, siendo de la primera la normativa española y del segundo la legislación marroquí correspondiente. En otras palabras, Cuando se procedió solicitar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la persona competente cotejó que Dña. L. R tenía capacidad para contraer matrimonio basándose en la ley española, al ser de esa misma nacionalidad, y Don N. H. fue capaz de contraer el enlace de conformidad con la norma marroquí, al constar de nacionalidad marroquí.

Para el consentimiento, igual que ocurre con la capacidad, no existe una norma de conflicto que determine la ley aplicable en este ámbito, por ello, se considera nuevamente como precepto de Derecho Internacional Privado español, el artículo 9.1 del Código Civil español, el cual afirma que el consentimiento matrimonial debe regirse por la Ley personal de cada contrayente al afectar directamente a su estado civil. Tal así lo dispone la Dirección General de Registro y Notariado en su instrucción de 31 de enero de 2006<sup>18</sup>, la cual también explica que en situaciones en las que se solicita registrar un matrimonio donde uno de los contrayentes es español y el otro es extranjero, tal y como sucede con Dña. L. R y Don N. H, el registrador competente debe proceder a realizar una análisis del consentimiento del contrayente español aplicando el

---

<sup>16</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tirant Lo Blanch, 2022, Tomo I, 2º Edición, pág. 1461.

<sup>17</sup> ESPULGUES MOTA, E; PALAO MORENO, G; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “*Derecho Internacional Privado*”, Tirant Lo Blanch, 2021, 15ª Edición, pág. 469-480.

<sup>18</sup> Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia.

Derecho español, y el consentimiento del extranjero, de nacionalidad marroquí en este caso, teniendo en cuenta el Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad del migrante, es decir, el Derecho marroquí.

Por último, la ley aplicable para el requisito de forma puede variar dependiendo de donde se celebre el enlace y de la nacionalidad de los cónyuges. Como en el caso de mi cliente, el matrimonio se constituyó en Marruecos, entre una española y un marroquí, haciendo mención del artículo 49.2 del Código Civil, es válido aplicar la ley del lugar de celebración de la unión, por lo que este requisito también lo cumple el matrimonio Don N. H y Dña. L. R, pudiendo ser inscrito, en su momento, en el Registro Civil sin problemas al considerarse completamente verídico el enlace de estos al abarcar todos los presupuestos exigidos y por ello considerarse totalmente válido en la actualidad.

Por eso, justifico, y considero pertinente, que Don N. H, tiene derecho de percibir la pensión de viudedad, por cumplir con los requisitos que la normativa española exige para ello, porque el fallecimiento de su cónyuge fue por un accidente en el trabajo, y porque cuenta con las pruebas suficientes para acreditar su matrimonio con la fallecida, así como la verificación de que se cumplen los tres requisitos exigidos para ello. Por todo ello, esta parte procede a realizar los trámites correspondientes para la concesión de la pensión de viudedad, presentando el certificado de acta matrimonial apostillado y traducido, expedido por las autoridades marroquíes, el documento acreditativo de inscripción en el Registro Civil español, el certificado de defunción de la causante, y copia de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

### **Tercero. - Competencia de los Tribunales Españoles en el asunto de sucesión por el fallecimiento de L. R. y ley aplicable al no existir testamento de la difunta.**

Como miembro de la Unión Europea, España se rige por el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones, a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo. En su artículo 4 establece como competencia general que los Tribunales del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de la defunción serán competentes de conocer sobre la sucesión de este. El precepto siguiente permite la competencia de los Tribunales de un Estado miembro, si previamente el causante ha elegido la aplicación de la ley de ese mismo Estado

para regir su sucesión, siempre y cuando tenga la nacionalidad de ese país (artículos 5 y 22). Cabe la posibilidad, también, de que, si el causante carece de residencia habitual en el momento de su defunción, los Tribunales del Estado miembro donde se encuentren sus bienes pueden ser competentes, si este tuviera la nacionalidad de ese país en el momento de su muerte o si hubiera tenido su residencia habitual allí durante los cinco años anteriores al cambio de residencia habitual (art. 10). Por último, existe una situación excepcional en la que los Tribunales de un país miembro pueden resolver sobre un asunto de sucesiones, aun cuando este mismo Reglamento no les otorgue la competencia, siempre que el asunto no haya podido iniciarse o realizarse en un tercer Estado vinculado estrechamente con el causante (art. 11).

Con el fin de establecer si se puede afirmar que Dña. L. R. tenía su residencia habitual en España, habrá que analizar las circunstancias de la vida de la causante, como por ejemplo cuánto tiempo ha vivido en España o si se encuentre residiendo en nuestro territorio legalmente, para comprobar que existe un vínculo estrecho y estable con este país<sup>19</sup>. Tal así lo podemos observar en la redacción de los hechos descritos anteriormente, en los que se detalla que Dña. L. R. se encontraba empadronada en el municipio donde residía y por ende que había vivido allí durante los últimos meses de su vida, en que contaba con un contrato de trabajo de duración indefinida y que estaba muy bien integrada socialmente en su localidad.

De conformidad con lo explicado y con la situación que se plantea, se descarta desde un principio la aplicación de los artículos 10 y 11 del Reglamento, al tener Dña. L. R. su residencia habitual en España. Posteriormente, tampoco se tiene en cuenta el artículo 5 de la misma norma, debido a que este exige que la parte causante haya determinado por escrito la aplicación de las leyes de su país, siendo este miembro de la Unión Europea, para que se puede otorgar la competencia a los Tribunales de ese mismo Estado, hecho que no ocurre, ya que la fallecida nunca dejó constancia de ello. Por lo tanto, solo cabe la aplicación del artículo 4, que como ya se ha mencionado anteriormente, otorga la competencia a los Tribunales del país donde la difunta haya tenido su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, es decir, son competentes los Tribunales españoles.

Por otro lado, en cuanto a la ley aplicable, el artículo 21 del mismo Reglamento, establece, que salvo que el causante disponga lo contrario, la ley que se aplica en la sucesión es la del Estado

---

<sup>19</sup> PALAO MORENO, G., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., ESPLUGUES MOTA, C. “Derecho Internacional Privado” *Tirant Lo Blanch*, 2021, Ed. 15, pág. 600 a 602.

en el que el mismo, en este caso Dña. L. R, hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Por ende, la ley aplicable será la normativa española. Esta doble correlación no es coincidencia, sino que el Reglamento desde un principio busca alinear tanto la competencia con la ley aplicable, basándose en el principio de unidad y universalidad, y así evitar complicaciones para la resolución de asuntos relacionados con la sucesión y garantizar la seguridad jurídica<sup>20</sup>.

Continuando con el ámbito de la ley aplicable, el artículo 23 establece que esa regirá sobre las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión, la determinación de los beneficiarios, y sus respectivas partes y obligaciones; así como otros derechos sucesorios; la capacidad de suceder, desheredación e incapacidad de suceder, transmisión a herederos, las facultades de estos, responsabilidad de deudas, cargas y partición de la herencia.

Al igual que en la competencia, se debe examinar las circunstancias del o de la causante, teniendo en cuenta que la residencia habitual está compuesta por dos elementos, el corpus, que se refiere a la presencia o permanencia de un sujeto en un determinado lugar y el animus, que es la voluntad de dicho sujeto a permanecer con una continuidad o permanencia notable en el tiempo<sup>21</sup>. Pero, además, es el lugar donde se desarrolla su vida, su cotidianidad, su familia, su vida social, en otras palabras, donde se encuentra integrado a nivel social<sup>22</sup>

De conformidad con esto, y volviendo a mencionar las circunstancias de Dña. L. R, la difunta residía desde hace varios meses en España, tal y como indica su certificado de empadronamiento, contaba con contrato de trabajo indefinido a jornada completa en una tienda de venta de tabaco, y tenía a su familia y amigos en su municipio.

Por último, es importante mencionar que el Estado español es un país plurilegislativo, es decir, cuanta con una pluralidad de leyes que regulan una misma situación y que por tanto se generan

---

<sup>20</sup> NAVARRO ALAPONT, C., La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012”, Noticias jurídicas, 2017.

<sup>21</sup> CALVO VIDAL, I. A, “El Régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre Sucesiones”, *“Sucesión Mortis Causa de Extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, Notariales, Registrales y Fiscales”*. Tirant Lo Blanch 2020 pág. 192 a 197.

<sup>22</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “El concepto de residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento en el Reglamento sucesorio europeo”, *“Sucesión Mortis Causa de Extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, Notariales, Registrales y Fiscales”*, Tirant Lo Blanch, 2020, pág. 213.

conflictos de leyes internos. No obstante, el Reglamento (UE) 650/2012, ya previó este inconveniente en su momento, por lo que estimó que las normas internas de cada Estado determinarán la *unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión*, es decir, las normas internas resolverán el conflicto de leyes. De esta forma, para determinar la ley aplicable en esta situación, me remito al artículo 16 del Código Civil, el cual estipula que para resolver dicho conflicto se aplicará la ley personal determinada por la vecindad civil (16.1. 1º CC), siendo esta el Derecho aragonés, al tener Dña. L. R vecindad civil aragonesa (Código Foral Aragonés mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón<sup>23</sup>).

#### **Cuarto. - Solicitud de nacionalidad española para el menor *Kafalado*.**

Como se ha mencionado anteriormente, la *Kafala* judicial, tras un certificado de declaración de abandono del menor, en este caso el menor marroquí afectado, implica que este no conoce a sus padres biológicos, y mucho menos sabe el paradero de estos. No cuenta con ningún adulto física, mental, económica y moralmente capaz de proporcionarle cuidados, educación, sanidad, ni alimentación, sino que depende de un organismo público para vivir. Es por ello, que es de vital importancia que las personas se comprometan a brindar el apoyo necesario para que los menores que se encuentran en esta situación puedan llevar una vida normal, y que tal hecho provoque que se les proporcione la representación legal del menor. Es lo más justo para el niño desamparado, y para los adultos que asumen tal responsabilidad, que estos tengan la tutela dativa del menor.

Las funciones que cumplen estos cuidadores son el principal elemento para reconocer a la *Kafala* como un acogimiento permanente, descartando totalmente la equiparación con la adopción. No obstante, esta institución puede surtir los efectos similares de la adopción sin ser considerada como tal, siempre y cuando el fin de esta sea buscar el bienestar del menor<sup>24</sup>. Al igual que el inconveniente presentado con respecto a la pensión de orfandad, ahora nos encontramos con el asunto de la nacionalidad, y es que, una de las condiciones más importantes

---

<sup>23</sup> La última modificación de este tuvo lugar mediante la Ley 10/2023, de 30 de marzo, en relación a las causas de indignidad, interpelación y otros temas que no son relevantes para este dictamen.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 58/2008, de 31 de enero del mismo año.

para la constitución de una *Kafala* marroquí, es que el menor no pierda su nacionalidad, si sus *Kafils* son extranjeros o si la unidad familiar cambia de residencia habitual en un futuro.

De este modo, España también se comprometió a no modificar la nacionalidad de los menores marroquíes que entrasen en territorio español bajo un régimen de la *Kafala*<sup>25</sup>. El principal motivo de esta negación se debe a que, como esta institución judicial no crea vínculo de filiación, sino que solamente ha cedido los cuidados y manutención, no se podrá aplicar el artículo 20.1 del Código Civil para la obtención de nacionalidad, ya que no hay relación de filiación entre las personas afectadas. Como tampoco es considerada una adopción, tampoco se puede recurrir al artículo 19 del mismo Código, el cual admite el otorgamiento de nacionalidad a menores y mayores de 18 años que hayan sido adoptados. Por ello, el único precepto relacionado con la situación del menor, para que este pueda conseguir la nacionalidad española, es el artículo 22.2º.c de la misma norma<sup>26</sup>, el cual establece que se puede otorgar la nacionalidad española por residencia, siempre y cuando el solicitante, en este caso el menor involucrado, haya residido durante un año en España y, además, haya estado bajo la tutela de un ciudadano español, como lo era Dña. L. R, por el periodo de dos años. Aun que exista una contradicción en el compromiso de España de no conceder a los niños marroquíes *Kafalados* la nacionalidad española, me vuelvo a remitir una vez más, que lo primordial y lo más importante en situaciones de este índole, donde participan Administraciones Públicas, es el bienestar del menor<sup>27</sup>, por lo que, lo más conveniente en la situación que se me plantea es otorgarle la nacionalidad al menor afectado, ya que, no solo cumple con los dos requisitos impuestos para ello, al tener su residencia habitual en España desde principios de 2022, y al encontrarse bajo la representación legal de Dña. L.R desde mediados del año 2020, sino que también cuenta con unas circunstancias sociales y familiares que le unen a nuestro territorio de por vida, y por no tener ningún otro apoyo en su país de origen. Además, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos<sup>28</sup> defiende la adquisición de la nacionalidad del Estado en el que reside

---

<sup>25</sup> Resolución-Circular 15 de julio de 2006.

<sup>26</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “La *Kafala* marroquí: Problemas de Ayer, Hoy y Mañana”. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, 2019, pág. 49-75.

<sup>27</sup> Artículo 7 de la Carta sobre el respeto a la vida privada y familiar, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ, PINEAU, E., “La Protección en España de Menores cuya Ley Nacional prohíbe la Adopción tras la Reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional”. Derecho Privado y Constitución, núm. 31, 2017 pág. 387-415.

para así respetar el pluralismo cultural, el interés general y particular del menor y la integración de este.

En virtud de lo expuesto, se concluye que el menor *Kafalado* podrá efectivamente adquirir la nacionalidad española de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2º.c) del Código Civil, teniendo en cuenta la calificación funcional de la *Kafala* expuesta detalladamente en el primer fundamento jurídico de este dictamen.

#### **Quinto. - Consecuencias del fallecimiento de L.R en relación con el permiso de residencia de su cónyuge, N. H.**

El señor Don N. H, como cónyuge de Dña. L.R, tiene el derecho de disfrutar de un permiso de residencia por ser familiar de un ciudadano de un país miembro de la Unión Europea<sup>29</sup>. Este tipo de permiso, como su propio nombre indica, es para aquellos familiares de personas de origen español o cualquier otro Estado que pertenezca a la UE o al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Dicho familiar puede ser cónyuge, como se da en este caso, ascendiente que tenga a su cargo, descendiente menor de 21 años o mayores de edad que dependan económicamente de él, por lo que el requisito esencial para el otorgamiento de esta autorización es la demostración de la existencia de un vínculo real entre ambos individuos.

Basándonos en los hechos descritos anteriormente, Don N. H y Dña. L. R. estaban casados por la iglesia islámica bajo el régimen del Corán en Marruecos, por lo que estaban unidos mediante matrimonio e inscritos en el Registro Civil español. Desde que ambos contrajeron dicha unión, Don N. H pasó a tener la potestad de solicitar el permiso de residencia por familiar de comunitario, pero no sólo eso, sino que también le corresponde el derecho de acompañar o reunirse con el ciudadano de la Unión Europea con el que tiene un vínculo<sup>30</sup>. Es por ello, que su acceso a España, cuando decidieron volver debido a su mala situación económica, se produjo sin problema alguno y además le otorgó la posibilidad de trabajar en territorio español.

---

<sup>29</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, artículo 8.

<sup>30</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Sentencia de 14 abril 2005. TJCE 2005\90.

No obstante, para realizar una correcta petición de autorización, no sólo la persona extranjera debe solicitar la tarjeta de residencia, sino que el ciudadano español debe solicitar un Arraigo Familiar<sup>31</sup> demostrando la unión matrimonial entre los solicitantes. Para poder completar este procedimiento es necesario que se haya registrado el matrimonio en el Registro Civil consular o del domicilio de uno de los cónyuges, como ya se hizo momento posterior a la boda. Es un paso obligatorio que deben cumplir todas las personas que recurran a este tipo de residencia legal.

Una vez se haya completado este procedimiento, se tendrá en cuenta para otorgar el permiso de residencia los antecedentes penales<sup>32</sup> de la persona que se quiera arraigar, una copia completa del pasaporte en vigor de esta, un documento acreditativo de la relación, el certificado de matrimonio para el caso de Don N. H y Dña. L. R, entre persona arraigada y persona que va a arraigar y por último el documento de identidad del ciudadano español<sup>33</sup>. Por otro lado, para la obtención de la tarjeta también hay que demostrar los medios económicos del cónyuge español<sup>34</sup>, ya sea mediante un contrato de trabajo o documento de situación de alta en la Seguridad Social si es trabajador por cuenta ajena, o inscripción en el Registro Mercantil, en el Censo de Actividades Económicas o en la Seguridad Social si es persona trabajadora por cuenta propia.

Este permiso de residencia tiene una duración de cinco años<sup>35</sup>. Posteriormente se puede renovar por otros 10 años más<sup>36</sup>, obteniendo así el permiso de residencia por familiar de comunitario permanente. Es necesario para su renovación que el solicitante siga cumpliendo con los requisitos de este, pero no solo eso, sino que también es de obligado cumplimiento que durante

---

<sup>31</sup> Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril; artículo 124.3.

<sup>32</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Artículo 12.3.

<sup>33</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, Artículo 8 apartado 3.

<sup>34</sup> Real Decreto 240/2007, artículo 7 apartado 7.

<sup>35</sup> Real Decreto 240/2007, artículo 8.5.

<sup>36</sup> Real Decreto 240/2007, artículo 11.1 *in fine*.

los cinco años de vigencia de la autorización hayan existido esos requisitos. La Oficina de Extranjería se encargará de examinar el mantenimiento de estos elementos impositivos.

Entonces, ¿qué ocurre cuando desaparece alguno de esos requisitos, como es el caso de Don N. H, el cual ve su relación matrimonial desvanecida por el fallecimiento de su cónyuge Dña. L. R? En teoría, al disolverse el vínculo también debería desaparecer el derecho al permiso de residencia por familiar de comunitario, por lo que debería pasar al régimen general de extranjería. No obstante, el artículo 9 del Real Decreto 240/2007, después de la modificación del Real Decreto 1710/2011, aclara que la defunción del ciudadano de un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo no altera al derecho de residencia de sus familiares si estos han residido en España como miembros de la unidad familiar antes de fallecer la persona reagrupante. En otras palabras, se exige la existencia de una convivencia marital entre los afectados, sin importar la duración de dicha convivencia, para que exista ese vínculo familiar que permite el mantenimiento del permiso de residencia. La persona reagrupada, o extranjero que ostenta la residencia legal, en este caso Don N. H, tiene la obligación de comunicar la defunción de su cónyuge, Dña. L. R, a la Oficina de Extranjería competente. Esta notificación se debe realizar mediante la presentación de un escrito junto con el certificado de defunción.

Por lo tanto, en calidad de letrada de Don N. H, en caso de que necesitase de mi ayuda, el escrito de comunicación de defunción sería el siguiente:

**Expediente: xxxxxxxxxxxx**

**Autorización de Residencia Inicial por Familiar de Comunitario**

**A LA DELEGACIÓN DE GOBIERNO EN ARAGÓN**

**SECRETARÍA GENERAL OFICINA DE EXTRANJEROS**

Dña. **BÁRBARA REYNOSO RUARTE**, Letrada con despacho en Avenida de la Paz 31, 2º Dcha., en nombre de **Don. N. H.**, mayor de edad, de nacionalidad marroquí cuya representación acredito mediante autorización que acompaño, ante la Delegación de Gobierno de Aragón comparece, y como mejor proceda en Derecho

**DIGO**

Que con fecha xx/xx/2023 se aporta Certificado de Defunción de Dña. L.R, de nacionalidad española, cónyuge de mi representado y por ende reagrupante de este en relación con el permiso de residencia por ser familiar de un ciudadano cuyo origen es un Estado miembro de la Unión Europea, tal y como lo expone el artículo 9.3 del Real Decreto 240/2007 tras ser modificado por el Real Decreto 1710/2011.

En su virtud,

**SOLICITO** que se admita el presente escrito junto con el documento que lo acompaña a efectos de que su contenido se incorpore en el expediente y para que se tenga en cuenta para el mantenimiento en vigor del permiso de residencia de N. H.

En Zaragoza, a X de X de 2023.

Retomando lo explicado en los párrafos anteriores, este precepto le permite continuar disfrutando de su permiso de residencia, e incluso llevar a cabo su renovación cuando sea el momento de hacerlo. Por ende, Don N. H consta de autorización de residencia legal hasta 2027, pudiendo actualizar su vigencia hasta 2037. Posteriormente, en el caso de que lo desee, podrá solicitar la nacionalidad española, donde uno de los requisitos formales es que renuncie a su nacionalidad de origen, al no ser compatible, según el Derecho marroquí<sup>37</sup>, la concesión de dos nacionalidades (artículo 19 del Código de nacionalidad marroquí)<sup>38</sup>.

No obstante, cabe mencionar que el requisito temporal de la solicitud de nacionalidad por residencia (artículo 21.2 Código Civil) para las personas originadas en Marruecos es de diez años<sup>39</sup> de manera legal, por lo que, en 2032, si lo prefiere, podrá solicitarla en vez de recurrir a la renovación del permiso de residencia de familiar comunitario.

## VI. CONCLUSIONES

**Primera.** El menor afectado, al encontrarse bajo el régimen de una *Kafala* judicial, cuenta con el apoyo de un Juez y una Administración Pública que han acreditado su desamparo antes de constituir su cuidado. Esta acreditación facilita que el proceso de validación de esta figura en España sea más simple que en caso de una *Kafala* notarial. Para el reconocimiento de esta institución, la resolución que la constituye debe cumplir un control de cumplimiento de ciertos requisitos impuestos por la Ley de Adopción Internacional (LAI) y por el Convenio de la Haya de 1996, dependiendo del país de origen de la medida de cuidado. La propia LAI acepta un reconocimiento incidental registral en el que la persona interesada sólo tendrá que inscribir la *Kafala* en el Registro Civil español y el Juez competente deberá comprobar que dicha resolución cumple con los requisitos mencionados anteriormente para afirmar su reconocimiento. Como Marruecos es parte contratante del Convenio de la Haya de 1996, se procederá a aplicar el artículo 23 de este acuerdo, el cual permite que las medidas tomadas por las autoridades de un Estado miembro del convenio se reconozcan de pleno derecho en los

---

<sup>37</sup> MOYA ESCUDERO, M., “Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones”, *Tirant Lo Blanch*, 2020, Pág. 76 a 81.

<sup>38</sup> RUIZ ALMODOVAR, C., “La Ley Marroquí de Nacionalidad”, editorial Meah, sección Árabe-islam, núm. 59, 2010, pág. 115-135.

<sup>39</sup> Código Civil español, artículo 22.1.

demás países firmantes de tal acuerdo. Teniendo en cuenta esto, después se aplicará el artículo 44.4 de la Ley 29/2015, el cual dispone que, si una resolución constituye una medida desconocida para el ordenamiento jurídico español, esta se adaptará a una medida conocida cuyos efectos sean equivalentes y cuyos fines sean parecidos, pero surtirá los mismos efectos que su ley de origen determinó para ella. Por lo que la *Kafala* del menor se inscribirá como un acogimiento, pero desplegará los efectos que la normativa marroquí ha dispuesto para ella.

Una vez contemplada la parte procesal, se debe conocer los efectos que esta produce en nuestro país. Al no existir en España una medida equivalente a la *Kafala*, se acudirá a la técnica de equiparación funcional de la figura del cuidador de la institución musulmana con la de alguna medida de cuidado que España conozca, en este caso el acogimiento permanente. De esta forma, el artículo 34 de la Ley de Adopción Internacional establece que dicha institución puede equivaler a un acogimiento familiar o a una tutela, y a su vez, la Instrucción DGI/SRGJ/07/2007 dispone que el cuidador tiene una tutela dativa sobre el menor. También, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, considera al menor como otro miembro de la familia. Otra sentencia importante que mencionar, es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 58/2008, la cual explica que una *Kafala* puede surtir los mismos efectos que una adopción, aunque no sea posible reconocerla como tal. Por ello, y por la búsqueda del bienestar del menor, cabe afirmar que el menor tiene derecho a recibir la pensión de orfandad originada por el fallecimiento de uno de sus *Kafil*s, al depender económicamente de este, al respetar el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 7 de la Carta sobre el respeto a la vida privada y familiar y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Además, que la condición de que a estos no se les pueda tratar como hijos adoptivos o biológicos proviene de una limitación del derecho marroquí, no de una opción que ellos puedan elegir o no. Pero aparte de estos motivos, es necesario tener en cuenta las funciones que cumple la *Kafil*, ya que son más similares a las que realiza un acogedor y, el derecho de esta a que sus familiares cobren una subvención por su defunción al ser una persona activa laboralmente en el momento de su fallecimiento.

**Segunda.** – Para la concesión de la pensión de viudedad, además de los requisitos relacionados con el ámbito laboral, es necesario verificar la validez del matrimonio de Don N. H con Dña. L. R. Gracias a que inscribieron su matrimonio en el Registro Civil español al poco

tiempo de casarse, el reconocimiento de este no es tan complicado. Para acreditar su validez, el Registro Civil ha debido tener en cuenta si se han cumplido con todos los elementos necesarios para la correcta celebración de una unión matrimonial y así poder desplegar todos los efectos que les corresponde como pareja casada en España. Estos elementos son la capacidad, el consentimiento y la forma.

El primer requisito, la capacidad, se podrá acreditar en España por el Registro Civil guiándose este por la Circular de 29 de julio de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que a su vez hace mención del artículo 9.1 del CC, y por el que se determina que se debe tener en cuenta la ley personal de cada contrayente. El segundo, el consentimiento, se comprobará según la Instrucción de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 31 de enero de 2006, que también se remite al artículo 9 del Código Civil, tomando en consideración la ley personal de las personas involucradas. Finalmente, la forma de celebración también es válida, de conformidad con el artículo 49.2 del Código Civil, al haberse aplicado la ley del lugar de constitución de la unión.

Explicado esto, Don N. H, está facultado de recibir la pensión de viudedad, ya que se cumplen todos los requisitos que se exigen para ello, tanto los relacionados con la Seguridad Social, como los relacionados con Derecho Internacional Privado.

**Tercera.** – En cuanto al asunto de sucesión, los Tribunales españoles son competentes de conocer dicho asunto al tener en consideración el Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. El mismo establece en su artículo 4 la competencia general de los Tribunales del Estado donde la difunta, en este caso, tenga su residencia habitual en el momento del fallecimiento. El término residencia habitual es un elemento importante para la determinación de la competencia, que Dña. L. R. cumple al encontrarse empadronada en su localidad desde hace varios meses, contar con un contrato de trabajo de duración indefinida y estar socialmente integrada en su municipio.

En cuanto a la ley aplicable en materia de sucesiones, también se tiene en consideración la del Estado en el cual la difunta haya tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento, por lo que se aplica la ley española. El legislador lo que ha buscado con esta doble condición es respetar el principio de unidad y universalidad, para garantizar la seguridad jurídica y evitar errores procesales si se hubiera llevado a cabo mediante la competencia de un Tribunal y la

aplicación de otras leyes que no le competen. El inconveniente surge de manera interna, al ser España un Estado plurilegislativo, por lo que al existir varias normas que regulan lo mismo, es complejo saber cuál es la aplicable. No obstante, el propio Reglamento (UE) 650/2012, determina que la legislación interna se encargará de resolver este conflicto, a lo que el Derecho español establece que en estos casos se aplicará el Derecho de la vecindad “civil” de los afectados (16.1. 1º CC), por lo que se aplica el Derecho aragonés al poseer Dña. L. la vecindad “civil” aragonesa.

**Cuarta.** – Con relación a la concesión de nacionalidad del menor, este no puede obtener la nacionalidad por el artículo 20.1 del Código Civil español al no existir relación de filiación entre los involucrados. Tampoco se puede aplicar el artículo 19 de la misma norma, al no ser reconocido este como un hijo adoptivo, por lo que la única vía que queda es la del precepto 22.2.c, el cual permite conceder la nacionalidad española por residencia siempre y cuando el menor afectado haya residido durante un año en nuestro territorio, y haya estado bajo la tutela de un ciudadano español durante dos años, requisitos que este menor cumple correctamente.

**Quinta.** – Finalmente, la autorización de residencia de Don N. H. es el permiso de larga duración conocido como permiso de residencia por ser familiar de comunitario, es decir, de un ciudadano procedente de un país miembro de la Unión Europea o del Acuerdo del Espacio Económico Europeo. Esta autorización se origina por tener un vínculo íntimo con la ciudadana española, ya que los involucrados eran marido y mujer. Este trámite no sólo lo hace el extranjero como solicitante, sino que también interviene la persona española al pedir la concesión de un arraigo familiar que permita al cónyuge residir legalmente aquí.

Al depender el extranjero, Don N. H., de la ciudadana española, Dña. L. R., aparece la incertidumbre de su situación legal al fallecer esta última. En un principio, como ya ha finalizado el vínculo que los unía, se puede creer que pierde vigencia el permiso que tenía Don N. H., pero el artículo 9 del Real Decreto 240/2007 aclara que no perderán esa condición, si ya convivían como miembros en una misma unidad familiar antes de fallecer. Lo único que debería hacer el afectado es comunicar mediante escrito formal a la oficina de Extranjería pertinente la defunción de su reagrupante.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. “*Kafala* y Adopción. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) núm. 220/2020 de 10 de junio. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pág. 696-697.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tirant Lo Blanch, 2022, Tomo I, 2º Edición, pág. 1461.
- CALVO VIDAL, I. A., “El Régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre Sucesiones”, “Sucesión Mortis Causa de Extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, Notariales, Registrales y Fiscales”. Tirant Lo Blanch, 2020, pág. 192 a 197.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “El concepto de residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento en el Reglamento sucesorio europeo”, “Sucesión Mortis Causa de Extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, Notariales, Registrales y Fiscales”, Tirant Lo Blanch, 2020, pág. 213.
- CORRAL CARGÍA, E., “Las relaciones de filiación y el Instituto Nacional de la Seguridad Social: una relación tormentosa”, *Diario La Ley, Derecho de familia*, núm. 27, 2020, pág. 4.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico *Kafala*”. *Diario La Ley*, núm. 7393, de 3 de mayo de 2010.
- DIAGO DIAGO, M. P., “La *Kafala* Islámica en España”; *Cuadernos de Derechos Tradicionales*, Vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pág. 140-164.
- DÍAZ MENDEZ, A., “Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio”. *Editorial La Ley, Actualidad Laboral, Sección Doctrina*, 2001, Ref. XIII, pág. 233, tomo 1.
- ESCUDERO MOYA, M. E., BLAQUEZ RODRÍGUEZ, I., Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 89 a 92.
- ESPULGUES MOTA, E; PALAO MORENO, G; IGLESIAS BUHIGUES, J. L., Derecho Internacional Privado, Tirant Lo Blanch, 2021, 15ª Edición, pág. 469-480.

- LÁZARO GONZALEZ, I. E., “*Kafala* y vida familiar desde el derecho de extranjería, a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, pág. 32 a 38.
- MARCHAL ESCALONA, N., “La *Kafala*, ciudadanía de la Unión y los Derechos Fundamentales del menor: De Estrasburgo a Luxemburgo”. *Versión Pre-print Publicado, La Ley Unión Europe*, núm. 71, 2019.
- MARCHAL ESCALONA, N., “La *Kafala* marroquí: Problemas de Ayer, Hoy y Mañana”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019, pág. 49-75.
- MARÍN, V., “Matrimonio entre un español y un marroquí en Marruecos. El Certificado de Capacidad Matrimonial”, *Portal web Parainmigrantes.info, Extranjería y Nacionalidad Española*”2016.
- MOYA ESCUDERO, M., “Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones”, *Tirant Lo Blanch*, 2020, Pág. 76 a 81.
- NAVARRO ALAPONT, C., “La determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales en el Reglamento (UE) 650/2012”, *Noticias jurídicas*, 2017.
- ORTIZ VIDAL, M. D., COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P, GONZÁLEZ-VERAS IBAÑEZ, A., “Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada”, *Tirant Lo Blanch*, 2016, pág. 255 y 255.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Protección del menor venido a España en *Kafala*: Acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, *Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en Marruecos, 2005-2009*, pág. 180 a 193.
- RODRIGEZ ACERO, M.O. “Alcance, reconocimiento y efectos jurídicos de la *Kafala* en España”. *Documentos de Trabajo IELAT*, 2019, núm. 128, pág. 21 a 28.
- RODRÍGUEZ, PINEAU, E., “La Protección en España de Menores cuya Ley Nacional prohíbe la Adopción tras la Reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017 pág. 387-415.

- RUIZ ALMODOVAR, C., “La Ley Marroquí de Nacionalidad”, *editorial Meah*, sección *Árabe-islam*, núm. 59, 2010, pág. 115-135.